

8. Zaseg in preiskava elektronske naprave

Literatura

Lang, Andreja: Preiskovanje komunikacijske in elektronske zasebnosti, Zbornik 2. konference kazenskega prava in kriminologije, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 175–183; Selinšek, Liljana: Elektronski dokazi – pasti in priložnosti, v: Pravna praksa, 2008, let. 27, št. 27, str. 12–15; Selinšek, Liljana: Ravnanje z elektronskimi napravami po ZKP-J: zgolj policija ali tudi drugi državni organi?, v: Pravna praksa, 2010, let. 29, št. 3/4, str. 18–19; Završnik, Aleš (ur.): Kriminaliteta in tehnologija, Inštitut za kriminologijo pri PF v Ljubljani, 2010.

8.1. Opredelitev

Zaseg in preiskava elektronske naprave (219.a člen ZKP) sta preiskovalni dejanji, namenjeni (a) zagotavljanju fizične oblasti na elektronsko napravo in (b) črpanju podatkov, ki jih elektronska naprava vsebuje. Za elektronsko napravo se štejejo vsi nosilci elektronskih podatkov v digitalni obliki, kot so telefoni, telefaksi, računalniki, diskete, optični mediji (CD, DVD, blue-ray), spominske kartice in ključi ipd. (prvi odstavek 219.a člena ZKP).

Ureditev zasega in preiskave elektronske naprave je zakonodajalčev odziv na stališče US RS (Up-106/05), da je tudi pri pridobivanju podatkov z elektronskih komunikacijskih naprav treba upoštevati omejitve posegov v komunikacijsko zasebnost (drugi odstavek 37. člena URS), to je določna zakonska ureditev in predhodna sodna odločba. Ker je v praksi verjetno, da bo elektronska naprava vsebovala tudi podatke o komunikaciji njenega imetnika (na primer elektronsko pošto, SMS-sporočila, podatke o klicih ipd.) in ni mogoče vnaprej zagotoviti, da bo poseg omejen le na druge podatke, določbe o preiskavi elektronske naprave enotno urejajo pridobivanje vseh podatkov, shranjenih v digitalni obliki na elektronskih napravah. Posebno ureditev pridobivanja (zasega, zavarovanja in preiskovanja) digitalnih podatkov narekujejo posebne lastnosti dokazovanja z elektronskimi digitalnimi dokazi (podrobneje o elektronskem dokazu glej razdelek 4.5 Posebnega dela).

Namen preiskave elektronske naprave je pridobitev podatkov, katerih nosilec je elektronska naprava. Preden se v okviru preiskave poseže po podatkih, jih je treba ustrezno zavarovati (glej razdelek 3.3 Posebnega dela).

8.2. Predpostavke

Zaseg in preiskava elektronske naprave se opravita, če so podani utemeljeni razlogi za sum izvršitve kaznivega dejanja in je verjetno, da elektronska naprava vsebuje podatke, potrebne za odkritje, identifikacijo ali prijetje osumljenca oziroma odkritje sledov kaznivega dejanja, oziroma je verjetno, da bo mogoče podatke na napravi uporabiti kot dokaz v kazenskem postopku (prvi odstavek 219.a člena ZKP).

Tako sta za takšno preiskavo določeni dve alternativni pravni podlagi:

- predhodna pisna privolitev imetnika in policiji znanih in dosegljivih uporabnikov naprave, to je tistih, ki v zvezi s podatki na napravi utemeljeno pričakujejo zasebnost (drugi odstavek 219.a člena ZKP), ali

- sodna odredba, ki jo sodišče izda na predlog državnega tožilca.

Preiskovalni sodnik torej take odredbe ne more izdati po uradni dolžnosti.

Sodna odredba mora biti pisna in obrazložena. Tako odredba kot predlog morata vsebovati:

- podatke, ki omogočajo identifikacijo elektronske naprave, ki se bo preiskala,

- utemeljitev razlogov za preiskavo,
- opredelitev vsebine podatkov, ki se iščejo, in
- druge pomembne okoliščine, ki narekujejo uporabo tega preiskovalnega dejanja in določajo način njegove izvršitve (na primer strokovno usposobljeno osebo, ki naj jo izvrši).

V primeru neposredne in resne nevarnosti, ki grozi ljudem ali premoženju, je mogoče preiskavo odrediti tudi ustno, na ustni predlog, če pisne odredbe ni mogoče pravočasno pridobiti (peti odstavek 219.a člena ZKP). O odredbi in predlogu preiskovalni sodnik izdela uradni zaznamek, v dvanajstih urah pa mora izdati še pisno odredbo. V nasprotnem primeru policija shranjene in kopirane podatke zapisniško uniči in o tem obvesti preiskovalnega sodnika, državnega tožilca in imetnika oziroma uporabnike naprave.

Tudi v primeru ustnega predloga mora preiskovalni sodnik oceniti, ali res obstaja neposredna in resna nevarnost za varnost ljudi in premoženja. Ob takšni dikciji je pomembno strogo interpretirati vsako besedo. Ocena, da obstaja neposredna nevarnost, mora vsebovati prepričanje, ki je utemeljeno na konkretnih dejstvih, da bi postopek z izdajo pisne odredbe res pomenil, da resne nevarnosti za varnost ljudi ali premoženja ne bi mogli preprečiti. Hkrati je treba oceniti tudi jakost grozeče nevarnosti – če je ni mogoče oceniti za resno, ustne odredbe ni mogoče izdati.

Preiskava elektronske naprave se lahko odredi in opravi samostojno ali v okviru hišne preiskave. V tem primeru je odredba o preiskavi elektronske naprave del odredbe o hišni preiskavi, ki se sme opraviti le na podlagi odredbe, izdane na predlog državnega tožilca.

Poseben primer preiskave elektronske naprave brez sodne odredbe je, če se pri preiskavi najdejo podatki, ki niso v zvezi s kaznivim dejanjem, zaradi katerega je bila preiskava odredjena, temveč kažejo na drugo kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti. Tudi ti podatki se zasežejo, kar se navede v zapisnik in sporoči državnemu tožilcu, ki lahko začne kazenski pregon. V nasprotnem primeru se ti podatki takoj zapisniško uničijo, če ni kakšnega drugega zakonskega razloga, da bi se morali podatki vzeti (deveti odstavek 219.a člena ZKP). Tudi v tem primeru bo preiskava zakonita le, če je prvotna, začetna preiskava zakonita, podatki pa že na prvi pogled kažejo na drugo kaznivo dejanje. Iz opravljanja preiskave mora biti razvidno, da je najdba nenadejana (na primer policisti ne smejo opustiti prvotne preiskave).

8.3. Izvršitev

Pred zasegom in preiskavo elektronske naprave se njenemu imetniku izroči odredba o preiskavi (tretji odstavek 219.a člena ZKP) in se od njega zahteva, da napravo izroči, razen če se pričakuje oborožen odpor oziroma je nujno, da se preiskava opravi nepričakovano ali pa se opravi v javnih prostorih (tretji odstavek 215. člena v zvezi z desetim odstavkom 219.a člena ZKP). Imetnik se lahko z izročitvijo naprave izogne bolj invazivnemu posegu v njegovo zasebnost, zlasti kadar se preiskava elektronske naprave izvaja v okviru hišne preiskave.

Imetnik oziroma uporabnik elektronske naprave mora omogočiti dostop do naprave, kar vključuje tako fizični dostop kot predložitev šifrirnih ključev, gesel in pojasnil o uporabi naprave (edicijska dolžnost). V nasprotnem primeru se sme kaznovati oziroma zapreti, dokler ne ravna skladno z zahtevo, vendar največ za mesec dni (šesti odstavek 219.a člena v zvezi z drugim odstavkom 220. člena ZKP). Edicijska dolžnost ne velja za domnevnega storilca, za osebe, ki ne smejo biti zaslišane kot priče (235. člen ZKP), in za osebe, ki imajo v postopku položaj privilegiranih prič (236. člen ZKP).

Preiskavo opravlja oseba s potrebnim strokovnim znanjem (osmi odstavek 219.a člena ZKP). Ker ZKP ne določa, da preiskavo opravlja policija, je mogoče njeno izvedbo poleg strokovnjakom, zaposlenim pri policiji, zaupati tudi drugemu strokovnjaku (na primer tistemu, ki je stalno zapriseženi izvedenec za računalniško forenziko, čeprav ne v okviru pravil o izvedenstvu).

Preden se opravi preiskava elektronske naprave, se morata zagotoviti integriteta izvirnih podatkov in možnost uporabe v nadaljnjem postopku, kar se opravi po pravilih o zavarovanju elektronske

naprave (223.a člen ZKP; glej razdelek 3.3 Posebnega dela). Pri opravljanju preiskave je treba paziti, da se v pravice drugih oseb posega čim manj, da se varuje tajnost in zaupnost podatkov in ne povzroča nesorazmerna škoda.

Imetnik naprave sme biti navzoč le pri zavarovanju podatkov (223.a člen ZKP), ne pa tudi pri sami preiskavi elektronske naprave.

Rezultat preiskave je zapisnik, ki vsebuje (osmi odstavek 219.a člena ZKP):

- identifikacijo elektronske naprave, ki je bila pregledana,
- datum ter uro začetka in konca preiskave oziroma ločeno za več preiskav, če preiskava ni bila opravljena v enem delu,
- sodelujoče in navzoče osebe pri preiskavi,
- številko odredbe in sodišče, ki jo je izdalo,
- način izvedbe preiskave,
- ugotovitve preiskave in druge pomembne okoliščine.